mr.drs. B.P.A. Santen was arbeidsadvocaat en is universitair docent financieel recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (santen@frg.eur.nl).
C.C.E.J. Verbeeten schrijft haar afstudeerscriptie voor de master Financieel recht over klokkenluiden.

CORPORATE GOVERNANCE

Klokkenluiden in agency-perspectief: de werknemer als monitor

Omarm de klokkenluider

In het kielzog van de bekende grote schandalen ontstonden de klokkenluidersregelingen. De huidige regelingen zijn low key: het is niet de bedoeling misstanden publiek te maken. We schetsen voor u de agency theorie en het belang van monitoring voor een onderneming. Hoe werkt de Amerikaanse praktijk en welke regelingen kennen we in Nederland?

BERNARD SANTEN EN CYRILLE VERBEETEN

Klokkenluiden is in Nederland een vrij recent verschijnsel. Van Buitenen, nu lid van het Europees Parlement, en Bos zijn de aan het grote publiek bekende klokkenluiders. Zij stelden misstanden publiekelijk aan de kaak. In de klokkenluidersregelingen zoals die onder invloed van de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act 2002 en de Nederlandse code Tabaksblat de laatste jaren door Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen zijn ingevoerd, is het publiek maken juist niet de bedoeling. In die regelingen ligt de nadruk op het signaleren en afhandelen van vermeende misstanden binnen het domein van de onderneming. Een dergelijke 'low key' afwikkeling is in ieders belang. De werknemer krijgt met een goede klokkenluidersregeling een middel om een door hem als serieuze misstand beschouwde gedraging te luchten. Loyaliteitsconflicten, oplopende stress en ergernis, die in serieuze gezondheidsklachten kunnen resulteren, worden daardoor vermeden. Een goede regeling tracht ervoor te waken dat de arbeidsrechtelijke positie daarbij in het geding komt. Vergeten wordt vaak dat de werkgever de belangrijkste belanghebbende bij een goede regeling is. Door een goede interne afhandeling wordt de werkgever niet geschaad door negatieve publiciteit, wordt onnodige opschudding binnen en buiten de organisatie vermeden en bestaat een aanzienlijke kans dat de melder voor het bedrijf kan worden behouden. Zowel voor het behoud van deze kennelijk gemotiveerde en kritische werknemer (de meesten zullen toch eerder de andere kant opkijken), als voor het vermijden van escalatie achteraf uit rancune, is dat een groot voordeel. Dit zouden we de negatieve werking van een klokkenluidersregeling kunnen noemen: het voorkomt schade. Maar het grootste voordeel van een goede klokkenluidersregeling ligt in de positieve werking ervan, namelijk dat het werknemers stimuleert misstanden te signaleren en daarmee het management in staat te stellen deze weg te nemen. In navolging van het agency-model zien wij hier een monitoring functie van de werknemers: zij houden in het oog of de zaken wel correct (naar de eisen van de wet en in het belang van de onderneming) worden afgehandeld, op straffe van (in ultimis) het luiden van de klok. Daarmee stimuleert een klokkenluidersregeling dat een organisatie scherp blijft.

Agency theorie en monitoring

Coase (1936) liet zien dat het tot op zekere hoogte efficiënter was een productieproces binnen een onderneming te regelen dan alle transacties te regelen via de markt, zoals Smith (1776) had betoogd. Met name het uitsparen van transactiekosten lag aan zijn redenering ten grondslag. Ook speelt de wil om onzekerheid uit te bannen een belangrijke



ILLUSTRATIE: LEON MUSSCHE

rol. Je wilt afspraken kunnen maken voor de toekomst. Zo wees Williamson (1981) erop dat voor duurzame transactiespecifieke investeringen, een onderneming een goede organisatievorm is. Berle and Means (1932) lieten zien dat in de grote industriële ondernemingen van het begin van de twintigste eeuw de aandeelhouders eigenlijk niet meer zoveel te vertellen hadden. Managers konden door het verspreide aandelenbezit en door de complexiteit van de onderneming in feite hun gang gaan. De individuele aandeelhouder had geen macht meer om het management te controleren. Hoe moeten die managers dan wel worden gecontroleerd? Volgens Alchian and Demsetz (1972) is de enige manier om tot efficiency te komen in complexe werkrelaties door prestaties te laten vastleggen en beoordelen. Wordt dit nagelaten, dan heeft iedere werknemer de neiging zich te verschuilen achter een ander en een stapje minder te doen. Het inschakelen van een monitor zou dit kunnen voorkomen, ware het niet, dat ook die monitor maar een mens is, en zich dus niet altijd ten volle zal inspannen. Alchian en Demsetz komen dan tot de conclusie dat de enige die belang heeft bij een efficiënte onderneming uiteindelijk de aandeelhouder is. De aandeelhouder heeft immers recht op het restant van opbrengsten en kosten. Hoe hoger de efficiency, hoe beter voor de aandeelhouder. Jensen and Meckling (1976) hebben dit soort noties in de sleutel van de agency-theorie gezet. De aandeelhouder is de principaal, die de agent (een gespecialiseerde bestuurder) de opdracht geeft de onderneming te leiden. Omdat de preferenties van aandeelhouder en bestuurder per definitie niet gelijk zijn, dient de aandeelhouder kosten te maken om de bestuurder te controleren en in het gareel te houden. Deze zogenaamde agency costs bestaan uit monitoring costs, bonding costs, residual loss en kosten voor irrationeel gedrag (Santen cs 2006). Hoe groter nu het verschil in inzicht in het reilen en zeilen van het bedrijf tussen de aandeelhouder (vaak vertegenwoordigd door de raad van commissarissen) en het bestuur, hoe meer kosten de aandeelhouder moet maken om die zogenaamde informatieasymmetrie te overbruggen. Onze stelling nu is dat een onderneming door op juiste wijze invulling te geven aan de klokkenluidersregeling de aandeelhouders (en de raad van commissarissen) beter in

staat stelt haar monitoring rol uit te oefenen doordat de informatieasymmetrie wordt verminderd. Een goede onderneming stimuleert werknemers vermeende misstanden te melden, waardoor in een eerder stadium dan nu de kans op ingrijpen aan de ondernemingsleiding wordt geboden. Daarbij heeft zij als goed werkgever de plicht de werknemers tegen zichzelf te beschermen door een zorgvuldige procedure uit te werken. Zo gezien is een goede klokkenluidersregeling, als een vorm van werknemers monitoring, met name in het belang van de onderneming zelf (zo ook Trevino en Victor 1992). Dat dit geen theoretisch argument is blijkt uit de claim van Ernst & Young dat de klokkenluider verantwoordelijk is voor meer dan 50 procent van alle ontdekkingen van onregelmatigheden. Grote en kleine schandalen worden door een dergelijke regeling zeker niet altijd vermeden, maar wel ontmoedigd en in een eerder stadium tegemoet getreden. De claim dat een goede klokkenluidersregeling de bouwfraude had kunnen voorkomen kan, nu velen aan de top niet beter wisten, niet worden waargemaakt. Maar mogelijk zouden de fraude bij US Food Service van Ahold, de systematische, door beloningsstructuur uitgelokte overschatting van voorraden bij Shell, en kartelzaken wel in een eerder stadium aan het bestuur en de commissarissen bekend hebben kunnen zijn. Het risico dat er vervolgens niets mee wordt gedaan, een gevolg van boardculture van mutual backscratching of een zonnekoning houding van de CEO, blijft natuurlijk bestaan. Men kan achteraf echter niet meer zeggen het niet geweten te hebben.

‘Een goede klokkenluidersregeling is met name in het belang van de onderneming zelf’

De whistleblowingpraktijk in de Verenigde Staten

De whistleblowing (klokkenluiders)praktijk is in de Verenigde Staten een stuk verder ontwikkeld dan in Nederland. Naast uitgebreide federale wetgeving kennen de verschillende staten ook nog hun eigen wetten en regels. Er ligt veel nadruk op de negatieve werking van de klokkenluidersregelingen. De klokkenluider dient niet alleen beschermd te worden tegen ontslag, maar tegen iedere vorm van discriminerend gedrag als gevolg van de melding. Mocht de klokkenluider dan toch nog enig nadeel ondervinden, dan liggen ruime (schade)vergoedingen op de loer en kan ook strafrechtelijk tegen de werkgever worden opgetreden.
Klokkenluidersregelingen zijn verplicht gesteld in de Sarbanes-Oxley Act. Door (1) het minimaliseren van de kans op vergelding, (2) het creëren van aanspraak op een – tot miljoenen oplopende – vergoeding wegens het aan de kaak stellen van een fraudekwestie tegen de overheid en (3) het openen van de mogelijkheid tot externe melding is in de Verenigde Staten van het melden serieus werk gemaakt.

De Klokkenluidersregelingen van de Nederlandse overheid

In 1992 stelde minister Dales het thema integriteit aan de orde. Het klokkenluiden is later met de zaak Van Buitenen onderdeel geworden van dit integriteitsdenken. Anders dan in de private sector wordt de ambtelijke klokkenluider via een rechtstreekse wettelijke bepaling bescherming geboden. De Ambtenarenwet bepaalt sinds 2003 dat de te goeder trouw handelende klokkenluider niet in zijn positie geschaad zal worden. Een klokkenluidersregeling is verplicht gesteld voor het Rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen. Hoewel de voorkeur uitgaat naar interne melding bij de desbetreffende overheidsinstantie is er voor iedere overheidssector een onafhankelijke commissie als extern meldpunt ingesteld, waarvan de meest bekende de Commissie Integriteit Overheid (CIO). Uit onderzoek van de NOS in september 2006 blijkt het totaal aantal meldingen binnen de overheid sinds 2003 op 260 te liggen, waarvan er 55 meldingen binnen de ministeries hebben plaatsgevonden. Ons lijkt dat dat geringe aantal niet met de enkele verwijzing naar onvoldoende presterende registratiesystemen kan worden afgedaan. Waarschijnlijk is de negatieve beeldvorming van de risico’s groter dan het vertrouwen in de wettelijk geboden rechtsbescherming.

‘In de huidige klokkenluidersregelingen is het publiek maken van misstanden juist niet de bedoeling’

De verklaring van de Stichting van de Arbeid

Voor de particuliere sector is de ‘Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen’ van de Stichting van de Arbeid uit 2003 in veel opzichten richtinggevend gebleken (Steenbergen 2006). Dat de code Tabaksblat van 2003 een klokkenluidersregeling voorschreef voor beursgenoteerde fondsen heeft daarbij vanzelfsprekend geholpen. Het belang dat de ondernemingsleiding erbij heeft om tijdig van misstanden op de hoogte te zijn wordt in de verklaring onderkend. Zo kan worden vermeden, aldus de verklaring, dat de onderneming in diskrediet wordt gebracht of schade lijdt. Het probleem is echter dat deze lijn niet consequent wordt volgehouden, maar dat de klokkenluidersregeling in de sleutel van het maatschappelijk belang wordt gezet. Van een klokkenluidersregeling wordt onder meer gezegd dat deze uitstekend past ‘binnen een ondernemingsbeleid dat ondernemen beschouwt als een maatschappelijke activiteit’. Deze vaststelling vertaalt zich in de definitie van een vermoeden van een misstand: een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden met betrekking tot de organisatie waar betrokkene werkzaam is en waarbij een maatschappelijk belang in het geding is in verband met:

a. een (dreigend) strafbaar feit;
b. een (dreigende) schending van regels;
c. een gevaar voor de volksgezondheid, de veiligheid of het milieu;
d. een (dreiging van) bewust onjuist informeren van publieke organen;
e. een (dreigende) verspilling van overheidsgeld; of
f. (een dreiging van) het bewust achterhouden, vernietigen of

manipuleren van informatie over deze feiten.
Artikel 1 van de voorbeeldprocedure definieert een betrokkene als: degene die al dan niet in dienst werkzaam is ten behoeve van de werkgever. Opmerkelijk is dat onethisch gedrag, dat in de verklaring zelf nog wel wordt genoemd als een mogelijke misstand, in de uitwerking in de voorbeeldprocedure is verdwenen.

Waarom wordt deze eis van maatschappelijk belang gesteld? Is niet veeleer het bedrijfsbelang in het geding als deze zaken, of andere, niet worden nageleefd? Dat hebben de bouwfraude, de Ceteco-affaire, de vele kartelzaken van Akzo of recent nog de boete voor het Nederlandse bierkartel toch wel laten zien. Een bedrijf heeft zich te voegen naar de maatschappelijke context waarin het functioneert, zoals gedeeltelijk wordt omschreven door de punten a t/m f hiervoor. Maar het bedrijfsbelang omvat veel meer: grote zaken als het signaleren van een uit de hand gelopen financieringscircuit (Ceteco), het doen van ongebruikelijke verkooptransacties (Baan), of het op voorhand boeken van korting (US Food Service). Ook andere, vaak als bedrijfscultuur afgedane zaken kunnen in het bedrijfsbelang worden aangekaart: van het systematisch stellen van irreële doelen of rapporteren van te gunstige prestaties, tot het op (kosten van) de onderneming laten doen van de privé-belastingaangifte. Of meer materieel: het pakken uit een beschadigde pallet, het accepteren van cadeautjes, etentjes, voorstellingbezoek. Hoewel het signaleren in deze voorbeelden niet steeds kan worden beschouwd als een maatschappelijk belang, is het voor de onderneming alleen al voor een verbetering van de efficiency van belang dat de misstand bekend wordt gemaakt.

ONDERZOEK

De praktijk bij Nederlandse ondernemingen

Waarom wordt de voorgenomen klokkenluider niet omarmd door de Nederlandse ondernemingen? Het is in Nederland toch gewoon dat werknemers hun mening geven en dat daarnaar wordt geluisterd. Mogelijk kan een extern meldpunt soelaas bieden.

De Vries, Bollen en Hassink (2007) onderzochten de klokkenluidersregelingen gehanteerd door de AEX-fondsen. Omdat veel AEX-fondsen zijn genoteerd aan Amerikaanse beurzen leken ons deze regelingen niet maatgevend voor de stand van zaken in Nederland. Daarom deden wij een onderzoek naar de klokkenluidersregelingen van de tot de AMX en AScX-index behorende aan Euronext Amsterdam genoteerde fondsen.
Van deze meer lokaal georiënteerde fondsen mag worden verondersteld dat deze minder nadrukkelijk zijn beïnvloed door de Sarbanes-Oxley Act en meer op Nederlandse leest zijn geschoeid. Er zijn 22 in de AMX-index genoteerde fondsen onderzocht en 20 AScX-fondsen. Een aantal fondsen kon niet worden onderzocht omdat zij geen regeling kennen (2 AMX, 3 AScX) of omdat zij deze regeling niet openbaar willen maken (1 AMX, 1 AScX). De regeling van de twee VastNed vennootschappen is identiek.
Vanuit het monitoring aspect valt sterk op dat de regelingen niet zozeer zijn bedoeld om het melden van misstanden te stimuleren (het doen van een melding is slechts in 1 AMX- en 2 AScX-ondernemingen verplicht), als wel om het melden binnen voor de ondernemingen zo gunstig mogelijke banen te leiden. Tabel 1 geeft een overzicht van de wijze waarop met de vertrouwelijkheid (anonimiteit) van de melder in de verschillende regelingen wordt omgegaan. Overigens gaat het hierbij lang niet altijd om expliciete klokkenluidersregelingen, maar ook om klokkenluidersbepalingen in gedragscodes, integriteitcodes en dergelijke.

Tabel 1. Overzicht van de wijze van omgaan met vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid	AMX-fondsen		AScX-fondsen	
Melding kan geheel anoniem	2	9%	5	25%
Anonimiteit melder vanzelfsprekend	11	50%	13	65%
Anonimiteit op expliciet verzoek	5	23%	0	0%
Behandeling is vertrouwelijk	17	77%	17	85%
Duidelijkheid behandeling papierwerk	2	9%	1	5%

Er wordt, zo blijkt uit tabel 1, formeel veel aandacht gegeven aan de positie van de werknemer. Anonimiteit van de melder is bij AMX-fondsen in 73 procent van de gevallen, zij het soms pas na een verzoek, gegarandeerd; een vertrouwelijke behandeling in 77 procent van de gevallen. Intussen zal de lezer zich net als wij afvragen hoe de werknemer zijn risico in die ruim 20 procent andere gevallen kan beperken. Zou iemand dan nog tot melding overgaan?

‘Het sleutelwoord is vertrouwen’

Voor het vertrouwen van anonimiteit in concreto is het van belang te weten bij wie moet worden gemeld. Tabel 2 geeft een overzicht van de mogelijke meldpunten die in de regelingen worden genoemd.

Tabel 2. Overzicht mogelijke meldpunten van misstanden

Meldpunten	AMX-fondsen		AScX-fondsen	
Leidinggevende	20	91%	16	80%
Verantwoordelijke	4	18%	1	5%
Vertrouwenspersoon	15	68%	11	55%
Directielid	4	18%	6	30%
Voorzitter RvC (president commissaris)	14	64%	14	70%
Compliance officer	3	14%	4	20%
Manager van de hrm afdeling	3	14%	1	5%
Raadsman	4	18%	1	5%
Speciaal aangesteld persoon	3	14%	2	10%
Externe derde (onder voorwaarden)	4	18%	0	0%

Dat de melding vooral moet plaatsvinden bij de leidinggevende (91 procent voor AMX, 80 procent bij AScX), bij een vertrouwenspersoon binnen de onderneming (68 respectievelijk 55 procent) of bij de voorzitter van de RvC (64 respectievelijk 70 procent) nodigt niet echt uit. Terecht moet men vrezen dat de hiërarchische en persoonlijke betrekkingen binnen de onderneming uiteindelijk een vertrouwelijke behandeling in de weg zullen staan. Wat men ook verklaart, men kan er niet aan voorbij gaan dat de vertrouwenspersoon wordt gekozen door de directie, en dat hij in dienst is van de onderneming. Datzelfde geldt voor de leidinggevende, en in mindere mate voor de president commissaris. Maar van al deze drie personen zal de loyaliteit toch primair bij de onderneming liggen. Een houding van ‘het zal wel meevallen’ of ‘heb je weer zo’n lastpost’ ligt voor de hand. Het gevaar is verder dat in de procedure de misstand door steeds wolliger formuleringen wordt weggemasseerd. Om nog maar te zwijgen van een moeizaam behoud van anonimiteit in geval je op bezoek moet bij een collega-vertrouwenspersoon, of bij de president commissaris. De kans dat zoiets uitlekt, is te groot. Het lijkt ons daarom onwaarschijnlijk dat van de klokkenluidersregelingen die wij hebben onderzocht (anders dan uiterst incidenteel) gebruik zal worden gemaakt. Is dat zo, dan wordt hier een grote kans gemist.

Extern meldpunt

Waarom zo vroegen wij ons af, wordt de voorgenomen klokkenluider juist niet omarmd door de Nederlandse ondernemingen? Hier is het toch, meer dan elders, gewoon dat werknemers hun mening geven en dat daarnaar wordt geluisterd. Juist de kennis en de motivatie van werknemers die dingen zien die niet kunnen, biedt de onderneming een gouden kans om efficiency slagen te maken. Dat werknemers niet melden als hun baan ermee gemoeid kan raken, ook al is de misstand naar hun gevoel nog zo groot, is toch te begrijpen. Het sleutelwoord is vertrouwen: de werknemer moet erop kunnen vertrouwen dat niet alleen procedureel, maar vooral ook feitelijk zijn positie wordt beveiligd. De anonimiteit van de melder moet kunnen worden gegarandeerd. Hoekstra en Belling (2003) laten zien dat de positie van de vertrouwenspersoon en de garantie van anonimiteit in de praktijk op grote moeilijkheden stuit. Zij citeren onderzoek waaruit blijkt dat kennis van misstanden vooral op de werkvloer aanwezig is, terwijl de vertrouwenspersonen vaak hoge functionarissen zijn met een volle agenda. Dat levert al een behoorlijke drempel op. Daarnaast kan een vertrouwenspersoon maar al te gemakkelijk in een rolconflict raken. Daarom wijzen wij op het belang van het externe meldpunt. Voor de gedachtebepaling is een klein advocatenkantoor in een stad of dorp verder weg een handig uitgangspunt. Het kantoor moet vrij staan ten opzichte van de onderneming, het kan er geen zaken tegen voeren, en het moet evenmin willen azen op overname van de klant. De werknemer die een misstand wil aanbrengen, kan met die advocaat overleggen of de melding zwaar genoeg is. De advocaat kan de melding helpen formuleren. Hij schermt de naam van de aangever af (anonimiteit gegarandeerd). Hij kan de melding neerleggen bij de leidinggevende (als dat al niet is gebeurd; dat zou beter zijn, maar is niet altijd zonder gevaar en daarom niet altijd mogelijk) of, naar gelang de ernst en de betrokkenheid, direct bij de CEO of de president commissaris. De accountant (en de president commissaris) krijgt in ieder geval jaarlijks inzage in de verstuurde meldingen, zodat de laatste er ook iets mee kan doen bij de jaarlijkse controle. Na behandeling van de melding door de onderneming bespreekt de advocaat het antwoord met de melder.

> ‘Een vertrouwenspersoon kan maar al te gemakkelijk in een rolconflict raken’

Daarbij komen op een voorlichtende wijze de mogelijke vervolgstappen (zoals het verder laten rusten van de melding, het doen van aangifte of het luiden van de klok) en de risico’s daarvan aan bod. Na dat gesprek is zijn bemoeienis over. Hij treedt nadrukkelijk onder geen omstandigheid verder op voor de werknemer. Op deze manier krijgt de onderneming zinvolle meldingen binnen, weet de werknemer zijn anonimiteit gegarandeerd en kan de externe vertrouwenspersoon het geheel in een breder perspectief over en weer presenteren waardoor het onnodig escaleren van de melding kan worden voorkomen. De positieve werking van de klokkenluidersregeling kan door de onderneming zo ten volle worden benut. –C



Literatuur

Alchian, A., and H. Demsetz, 1972, *Production, information costs, and economic organization,* American economic review 62, 777-795.
Berle, A.A., and G.C. Means, 1932, *The modern corporation and private property* (Harcourt, Brace & World, Inc., New York).
Coase, R.H., 1937, *The nature of the firm,* Economica, p. 386-405.
Ernst & Young, *Code Tabaksblat in de praktijk, De bescherming van klokkenluiders* (www.ey.nl).
Hoekstra, A. en A.F. Belling, 2003, *De vertrouwenspersoon voor integriteitsvraagstukken,* Openbaar Bestuur, mei 2003, p. 14-17.
Jensen, M.C., and W.H. Meckling, 1976, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure,* Journal of financial economics 3, 305-360.
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Registratie integriteitsschendingen* (www.minbzk.nl).
NOS 2007, *Klokkenluiders bij overheid bang* (www.nos.nl).
Santen B.P.A., A. de Bos en D. de Rooij, *Praktische aspecten van corporate governance,* Controlling en auditing in de praktijk 78, Kluwer, 2006.
Smith, A., 1776, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (Adam Smith Institute, London).
Steenbergen, R. van, 2006, *Klokkenluiden in het bedrijfsleven – evaluatie en verder,* Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2006-6, p. 242-257.
Stichting van de Arbeid, *Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen,* 24 juni 2003. Een voorbeeldprocedure is bijgevoegd (www.stvda.nl/publicaties).
Trevino, L.K. en B. Victor, 1992, *Peer reporting of unethical behavior: a social context perspective,* Academy of management journal, 35, no. 1, 38-64.
Vries M. de, L. Bollen en H. Hassink, 2007, *Kenmerken van klokkenluiderregelingen,* MAB, p. 42-47.
Williamson, O.E., 1981, *The modern corporation: origins, evolution, attributes,* Journal of economic literature XIX, 1537-1568.